

La regulación sobre el consumo de trabajo en los centros de trabajo en los Estados Unidos¹

Dr. Eduardo González Biedma

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

Consejero de Cuatrecasas

1. Introducción.

Entre las imágenes más impactantes en relación a la limitación del consumo público de tabaco está, sin duda, la de los ejecutivos neoyorquinos fumando a unos metros de la puerta de los edificios donde están sus oficinas. Transmitían gráficamente una imagen del fumador-marginado y de una sociedad poco transigente al respecto, con leyes muy duras.

Estas ideas, como se mostrará en las páginas siguientes, no difieren mucho de la realidad. Desde hace bastante tiempo existe una gran sensibilidad de los Estados Unidos a este respecto y, ciertamente, ha sido un país pionero en cuanto a la limitación del consumo de tabaco en lugares públicos.

¿Cuál es la estructura de la regulación de esta materia?

La respuesta a esta pregunta no es del todo sencilla. Ciertamente, una primera respuesta nos llevaría a concluir, partiendo de las reglas de distribución de competencias entre federación-estados, en esta materia la competencia habría de ser claramente estatal.

Ello es así, pero sólo en principio. Es cierto que a los estados corresponde establecer las normas específicas sobre el consumo de tabaco, al no ser ésta una materia relacionada con las competencias federales ni estar inequívocamente relacionada con la cláusula de “libre comercio” que justificaría la intervención federal. Sin embargo, lo cierto es que, como podremos examinar a continuación, existen determinadas materias federales que, de una u otra manera están afectadas por el consumo de tabaco. Así, por ejemplo, en cuanto que permitir fumar en público puede resultar discriminatorios para aquellos que tienen una limitación física - asma, por ejemplo- que les impiden respirar aire contaminado con el humo de tabaco, con lo que quedaría afectada la propia Constitución y las normas – federales- sobre la igualdad y no discriminación. También puede quedar afectada la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (la *OSHA*), que conllevaría igualmente la competencia federal o las propias normas de seguridad y tráfico aéreo. Al mis-

¹ Este artículo ha sido publicado recientemente en la Monografía sobre El tabaco en los centros de trabajo, dirigida por el Dr. Del Rey Guanter y coordinada por el Dr. Luque Parra, editorial La Ley/Expansión, ISBN 84-9725-674-3.

mo tiempo, se puede amparar una restricción al consumo de tabaco en el “*common law*”, que también tiene una dimensión supraestatal.

En definitiva, la regulación en materia de consumo de tabaco dentro de los Estados Unidos no es algo con una sola fuente sino que en ella hay que considerar tanto aspectos constitucionales, de normas federales, de normas estatales y del *common law*. La jurisprudencia, como no podía ser de otra forma, ha tenido también mucho que ver en la interpretación y aplicación de tales normas, siendo particularmente interesante la que aplica la normativa de carácter constitucional y general al consumo de tabaco en espacios públicos.

2.-Normas existentes a nivel estatal y municipal.

Como se acaba de anticipar, la regulación que específicamente limita el consumo de tabaco en los distintos lugares públicos es, habitualmente, de carácter estatal. Además, los municipios tienen, en su mayoría, ordenanzas propias que son en ocasiones más restrictivas incluso que las establecidas por el Estado en cuestión.

Debe llamarse la atención, en primer lugar, sobre el hecho de que *todos y cada uno* de los 50 estados norteamericanos tienen disposiciones restrictivas en relación a los lugares públicos.

Las restricciones que se establecen son de distinto tipo, oscilando entre las que implican limitaciones singulares –como, por ejemplo, de fumar en edificios de la Administración o en centros docentes- a los que prohíben fumar en todos los lugares públicos y centros de trabajo.

No resulta factible ni tendría una gran utilidad a los efectos de este estudio, realizar una descripción detallada de la situación de cada uno de los 50 estados, por lo que me detendré únicamente en varios Estados particularmente representativos para ver cómo está construida la legislación estatal. A tal efecto, expondremos sintéticamente la legislación aplicable en Nueva York, California, Florida y Washington DC

Al margen de esta atención especial, sí cabe realizar algunas generalizaciones, además de la ya efectuada relativa a que *todos* los estados tienen regulaciones restrictivas del tabaco. Y otra importante es que en todos los estados se prohíbe adquirir tabaco y fumar a los menores de edad. Claro que existen ligeras variaciones en torno a qué se considera a estos efectos minoría de edad. Aunque en general, se entiende por “menores” a estos efectos a los que cuentan menos de 18 años de edad, en tres estados –Alabama, Alaska y Utah- tal edad se aumenta hasta 19 años.

Sin embargo, desde el otro punto de vista, 29 estados han aprobado normas de protección del tabaco que prohíbe al empresario discriminar a los trabajadores o a

los candidatos a trabajadores por el hecho de fumar. Lo que también puede ser interpretado en el sentido de que en el resto de estados puede haber la posibilidad de establecer tratos peyorativos (¿discriminatorios?) para los fumadores, en concreto, limitando su acceso al empleo.

En cuanto a la responsabilidad de las empresas tabaqueras ante las demandas judiciales por daños producidos por el tabaco, la mayoría de los Estados, en concreto 31 hasta el momento, han aprobado leyes que, de una u otra manera, limitan la responsabilidad de las mismas. Se admite su responsabilidad, si bien se limita. No se discute el concepto, esto es, que el tabaco es un producto nocivo –como los propios fumadores que instan sus demandas judiciales aceptan explícitamente- y asumiendo tal premisa es difícil no contemplarlo como un producto dañino para los demás y que, por lo tanto, debe ser positivamente limitado.

a. Nueva York

Resulta prácticamente inexcusable comenzar este somero análisis aludiendo al estado de Nueva York, acaso el más conocido por sus estampas de “fumadores aislados”, como fruto de la prohibición del consumo público de tabaco y que también ha sido uno de los más activos e imitados en esta materia.

En el estado de Nueva York, fumar está prohibido prácticamente en todos los lugares públicos, incluyendo restaurantes y bares. Las excepciones a este principio general son muy limitadas. Así, sí es posible fumar en las habitaciones de hotel, estancos y locales de asociaciones privadas si no tienen trabajadores. También en las casas de reposo o residencias es posible separar un espacio para los fumadores.

Por lo demás, fumar está prohibido en todos los centros de trabajo y también en los edificios titularidad de la Administración.

Igualmente está prohibido fumar en los colegios y centros docentes, incluidas las universidades. Esta prohibición se extiende a los recintos educativos como tales, por lo que se incluyen los jardines, campos y espacios de todo tipo que lo componen.

En lo que se refiere a los restaurantes, la prohibición de fumar es plena. Los espacios para fumadores sólo se permiten en los espacios al aire libre, siempre que no superen el 25% del total del espacio, y se sitúe al menos a un metro de distancia de la zona de no fumadores.

Tampoco está permitido fumar en los bares, salvo en los llamados “cigar bars”, locales como su nombre indica, particularmente orientados a fumar en su interior.

Los incumplimientos de la ley pueden ser sancionados por multas de hasta 1000 USD (pena civil) y hasta 500 de sanción administrativa.

b. California

No menos representativo es el caso de California, estado sobre el que concurren diversos tópicos que también se suelen corresponder con la realidad: el más innovador, el más rico, el socialmente más avanzado e iconoclasta...

En California, la legislación estatal prohíbe el consumo de tabaco en todos los centros de trabajo cerrados. Sin embargo, sí se puede fumar en las salas habilitadas al efecto, si las mismas existen. Las mismas deben estar ventiladas directamente al exterior, colocadas en lugares donde no se trabaje ni sea necesario entrar por motivos de trabajo.

Sin embargo, existen importantes excepciones a esta regla general: así, se puede fumar en el 65% de las habitaciones de hoteles; en un determinado porcentaje del espacio de los vestíbulos de los hoteles; salas de banquetes y reuniones –excepto cuando son servidas comidas o bebidas–; estancos; camiones o taxis, cuando sólo está presente el conductor; y en los domicilios privados, salvo que sean utilizados como centros de cuidado de niños (*family day care*).

En cuanto a los edificios de titularidad administrativa, en los mismos no cabe fumar, ni dentro de ellos ni tampoco fuera en una distancia de 6 metros de una puerta principal del mismo. Además, tal prohibición se extiende a los vehículos propiedad del estado.

Fumar, además, está prohibido en las escuelas públicas. Incluso la posesión de nicotina o el uso de algún producto que contenga tabaco o nicotina se considera razón suficiente para suspensión o expulsión. Es obligatorio poner de manera muy visible el anuncio de “está prohibido el uso del tabaco” en todas las entradas del centro.

En cuanto a los centros sanitarios, la única excepción a la firme regla de prohibición de fumar se halla en las habitaciones de pacientes de ingresos de larga duración.

En lo que se a las sanciones por fumar en un lugar de trabajo, comienzan en hasta 100 USD, para la primera infracción, 200 para la segunda en un año, y 500 USD en adelante.

c. Washington D.C.

En Washington, la prohibición de fumar es igualmente muy amplia.

Está expresamente prohibido fumar en cualquier comercio, y en cualquier edificio administrativo.

También lo está en todos los centros educativos. Igualmente, en todos los transportes públicos, así como en las limusinas, si el conductor lo permite, y en cualquier zona pública de recintos sanitarios.

Las exclusiones a este principio general son escasas: los estancos o establecimientos relacionados con productos del tabaco, aunque también cabe fumar en tabernas y clubs nocturnos y salas usadas para actividades sociales privadas.

En cuanto a los restaurantes, aquellos con capacidad de sentar a más de 50 personas, deben designar al menos un 25% del total como zona de no fumadores. Las tabernas y clubs nocturnos están expresamente excluidos de esta prohibición.

En cuanto a los centros de trabajo, partiendo de la base de la prohibición del tabaco en términos generales, sí pueden existir salas de fumadores en los mismos. Al respecto, todo empresario debe tener una política por escrito, en la que se establezca dónde exactamente se puede fumar. Las zonas de fumadores deben estar separadas por una barrera física respecto de las zonas de no fumadores.

Ahora bien, hay que tener en consideración que el propietario de un edificio puede prohibir que se fume en él por completo, lo que impediría el establecimiento de estas zonas de fumadores.

En cuanto a los centros educativos, el consumo de tabaco está prohibido con carácter general, aunque cabe designar áreas de fumadores para que exclusivamente fumen los adultos, de acuerdo con las reglas dictadas por el superintendente de educación.

También se extiende la prohibición de fumar a los centros sanitarios, incluidos pasillos, vestíbulos y salas de espera. Sin embargo, cabe fijar habitaciones de fumadores y no fumadores, y también salas de fumadores.

Deben instalarse señales visibles en los lugares donde esté prohibido fumar, expresando la multa máxima a la que se expone el infractor existir

Las transgresiones se pueden castigar con multas de entre 10 y 50 USD la primera vez y para las siguientes transgresiones, con multa de entre 50 y 100 USD, que son compatibles además, con el ingreso en prisión de hasta 10 días.

d. Florida.

En Florida la prohibición genérica de fumar se matiza, y la generalización de la prohibición de fumar se suele limitar a los espacios cerrados.

Como excepción, está permitido fumar en los lugares siguientes: bares (si no son también restaurantes) estancos, habitaciones de fumadores de los hoteles, salas de

fumadores de los aeropuertos, salas de fumadores especialmente habilitadas, asociaciones privadas si no existen trabajadores asalariados.

Queda terminantemente prohibido fumar en todos los edificios oficiales.

En lo que se refiere a los centros de trabajo, al igual que en los casos anteriores, fumar está prohibido en todos los centros de trabajo, aunque cuando están al aire libre el empresario puede autorizar fumar.

En cuanto a los centros educativos -hasta educación secundaria- rige la prohibición de fumar en cualquier espacio cerrado. Los menores de 18 años no podrán, además, fumar tampoco en los espacios abiertos del centro escolar ni tampoco en los espacios públicos a menos de 300 metros del colegio.

En cuanto a los centros sanitarios, a los mismos también se extiende la prohibición de fumar en todos los espacios cerrados

En los restaurantes queda totalmente prohibido fumar –dentro de las zonas cerradas- incluyendo las zonas de bar de estos restaurantes. Sin embargo, en los bares– se entiende por bar aquel establecimiento cuyos ingresos lo representan la bebida en un 90%- sí está permitido fumar.

Las sanciones aplicables son de 100 USD para la primera infracción y de 500 USD para los siguientes.

3. Las limitaciones del uso del tabaco partiendo del “*common law*”

Pero, al margen de esta regulación estatal ya con bastante anterioridad los tribunales de justicia habían interpretado principios básicos del *common law* en relación a las restricciones del consumo de tabaco en público. Los antiguos aforismos “*alterum non laedere*” y “*sic utere tuo ut alium non laedas*”.

En este sentido, encontramos referencias jurisprudenciales desde el siglo XIX. En un caso muy conocido, el *Fish v. Dodge*, del Distrito de Nueva York² se afirma de manera tajante que:

“Es una regla de *common law* que un nombre puede hacer uso de todo aquello que le beneficie siempre que no dañe a otros (...). Hay muchos precedentes en los que se ha aplicado esta doctrina (...) No hace falta para ello (...) que el propietario haya sido expulsado de su propiedad; es suficiente que se le haya dañado el disfrute de su vida y de su propiedad se haya hecho más incómodo”.

² 38 N Y Common Law Rep (4 Denio) 311, 316; 47 Am Dec 254, 255 (NY, May 1847)

En el caso Davidson v Isham, del Distrito de New Jersey³, se afirmaba, en una línea similar a la del caso anterior, que

“Las personas no pueden amenazar la vida de otros, ni hacer incómodo su disfrute a aquéllos que viven en su entorno (...). No es necesario que olor sea malsano; es suficiente que haga incómodo el disfrute de la vida y de la propiedad”.

“Un hombre no puede destruir el confort en la morada de otro (...) tan cerca que le moleste con el humo y el mal olor. El Tribunal ha protegido frecuentemente a aquél que se encontraba en tal situación, y aplicará el aforismo “sic utere tuo ut alieum non laedas” (...) Existen suficientes argumentos para sostener la posición de que un individuo no puede hacer que su vida represente incomodidades para otros, en materia de ruido, humo y dolores desagradables.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia ha sostenido desde antiguo cómo el humo del tabaco es considerado como algo nocivo o, cuanto menos, molesto y que debe limitarse en cuanto que puede incidir en los derechos de otra persona a disfrutar tranquilamente de su propiedad. Naturalmente, se trata de un planteamiento que, aunque interesante y sin duda plenamente en vigor, no resuelve directamente la cuestión de cómo regular el uso del tabaco en espacios privados, subrayando que todos tienen derecho a disfrutar en su intimidad de un espacio ajeno al humo del tabaco, pero sin embargo no resuelve directamente la cuestión de cómo resolver esta cuestión en lugares compartidos o públicos. Sin embargo, no deja de ser interesante el precedente sentado en cuanto a la consideración del humo del tabaco como algo en sí mismo nocivo y molesto que no podía invadir espacios ajenos. Y ello aunque el hecho de fumar en sí tuviese lugar en un lugar público – la calle- o incluso en el propio domicilio del fumador.

4.- Las permisividad del consumo de tabaco en lugares públicos como hecho discriminatorio

Siguiendo con el orden lógico de los principios o normas generales limitadores del consumo de tabaco fuera del ámbito estricto de las legislaciones estatales, el próximo momento limitador se sitúa en la aplicación de las normas sobre discriminación. Ahora bien, su aplicación ha actuado no tanto a partir de las normas generales antidiscriminatoria como a partir de las normas de tutela de los discapacitados.

En efecto, para motivar la prohibición de fumar en determinados lugares se ha traído a colación en numerosas ocasiones la prohibición de discriminación tutela a los discapacitados –la “American with Disabilities Act” de 1970 (Ley de “Ameri-

³ 9 NJ Eq (1 Stockt) 186, 188-190 (NJ, Oct 1852)

canos con Discapacidades”)⁴-, los cuales no pueden verse perjudicados en su acceso a determinados lugares por causas no intrínsecas al mismo, esto es, causas inevitables. Y, desde luego, el humo del tabaco no significa una causa inevitable, pues está al alcance del titular de un local impedir que se fume.

A este respecto debe traerse a colación un caso promovido por el cliente de un restaurante Mc Donald's, que alcanzó una notable popularidad⁵. Es el caso *Starron, et al. v. McDonald's Corporation*.

El demandante planteó su demanda al amparo de la mencionada ley de “Americanos con Discapacidades”. Alegaba que la presencia de humo de tabaco en el restaurante en cuestión impedía al demandante de la posibilidad de beneficiarse de sus bienes y servicios, ya que al mismo le causaba reacciones adversas la presencia del humo de tabaco. También argumentaba que el restaurante era un “establecimiento público” según la citada ley. De ello se derivaba una situación de discriminación para el demandante, que se veía limitado debido precisamente a su enfermedad.

El juez del distrito que entendió del caso en primera instancia no dio la razón al actor, pero su decisión fue revocada por la Sentencia del Tribunal Federal del Segundo Circuito de 4 de abril de 1995.

Argumentó esta segunda y definitiva sentencia que

“... la queja del demandante plantea una razonable demanda amparada en la Ley de Americanos con Discapacidades (...). La determinación de si una particular modificación es ‘razonable’ conlleva un examen específico y caso por caso que debe valorar la eficacia de la modificación solicitada a la vista de la discapacidad en cuestión y el coste para la organización que la debe llevar a cabo” (...) No encontramos razón alguna para concluir

⁴ American with Disabilities Act, 42 U.S.C.12101,

⁵Se sucedieron estos artículos en la prensa general y especializada: “Lawsuits Seek to Ban Smoking in Fast-Food Restaurants,” New York Times, 3 de Abril de 1993. ; KEEGAN ,P., “Mothers Hit Fast Feeders with Smoking Policy Suit,” Nation's Restaurant News, 26 de Abril de 1993; TAYLOR, S., “McSuit: American Fast Food Icon Hit with Litigation over ETS,” Indoor Air Review, Junio 1993; HANSEN, M., “Suits Seek Fast-Food Smoking Ban,” American Bar Association Journal, Julio 1993; “Smoking Case is Dismissed,” Wall Street Journal, 16 de Marzo 1994; PINES, D., “Appeals Panel Reinstates Smoking Claim,” New York Law Journal, April 6, 1995, 1, 6; and Hansen, M., “Smoking Suit Fails,” American Bar Association Journal, Mayo 1994. FELSETHAL, E., “Disabilities Act Is Being Invoked in Diverse Cases,” Wall Street Journal, 31 de Marzo de 1993; JOHNSON,K. See “Smoking Ban Lawsuit,” Wall Street Journal, April 7, 1995, B5; FRY, J., “Federal Appeals Court Says Non-smokers Can File Suit Under ADA,” Indoor Air Review, Junio 1995, 19;and 39 Trial Lawyer's Guide 358-360, Fall 1995

que no sea una modificación razonable la prohibición del humo del tabaco”.

En el caso *Edwards, et al. v. GMRI, Inc., et al.*⁶ tres adultos que padecían asma reclamaron a los restaurantes “Red Lobster and Ruby Tuesday”, alegando de nuevo en su favor la Ley de “Americanos con Discapacidades”. Consideraban que se veían obligados a abandonar los restaurantes debido al incumplimiento de la política de prohibir el tabaco en sus restaurantes, lo que, de hecho, les discriminaba. Más tarde, en la fase de apelación, el Tribunal competente⁷ confirmó que se trataba realmente de un caso en el cual era aplicable la ley alegada por los actores debido a que la afirmación de que

“...el humo del tabaco en los restaurantes de los demandados hace que quede limitada la capacidad de respirar de los demandantes, por lo que no pueden los mismos permanecer en sus instalaciones”, por lo que “resulta adecuada la alegación de que existe una limitación sustancial relativa a una actividad esencial de la vida como es respirar”. Argumentaba, acertadamente, que “...la Ley de Americanos con Discapacidades fue creada para facilitar a los individuos con dificultades acceso a los lugares públicos. Al igual que una escalera impide el acceso a quien se traslade en una silla de ruedas, el tabaco impide a los demandantes cenar en los restaurantes de los demandados. Por ello, los demandantes han alegado acertadamente que están discapacitados a tales efectos...”

Citemos por último el caso *Peterson v. Belgian Waffle & Omelet Inn, et al.*,⁸. El demandante, que sufría de sarcoidosis grave, una enfermedad pulmonar genética que necesita una terapia de oxígeno continua, demandó a muchos establecimientos. Alegó la ley de “Americanos con Discapacidades”, argumentando que los demandados “...discriminaban a las personas con discapacidad para respirar, impidiéndoles un disfrute completo e igualitario de los bienes, servicios, instalaciones y alojamientos, debido a la presencia del humo de tabaco en el ambiente”, argumento que fue acogido por el juez.

Pero, como ya se advirtió al principio de este epígrafe, fuera de estos casos en los que se alegaba una situación de discapacidad –más propiamente, de enfermedad pulmonar- no ha encontrado comúnmente acogida el argumento de la discriminación a favor de prohibir el consumo de tabaco en lugares públicos.

⁶ Montgomery County (Md.) Circuit Ct., No. 179593 (1997)

⁷ El 1 de marzo de 1999, el U.S. District Court (Chasanow, J.), denegó la moción del demandado para que se rechazara el caso: *Ellender v. Edwards, et al. v. GDRI, Inc., et al.*, Civil Action No. DKC-97-4327 (U.S.D.C., D.Md.).

⁸ 8.4 TPLR 3.255, U.S.D.C., No. 93-C-983W (D.Utah 1993)

Así, en el caso *King v. Hofer*⁹ la situación planteada era la de un cliente, no fumador, de un restaurante, en el que no se respetaba la prohibición de fumar. Protestó por haber violado la Ley de Derechos Civiles cuando, tras protestar a causa de que el establecimiento no había cumplido las normas locales sobre prohibición de fumar en el restaurante, el dueño del mismo le dijo que se marchara y que nunca sería servido en este establecimiento.

A partir de ahí, el cliente acudió a los tribunales para que finalmente el Tribunal Superior de un condado de California entendiera que la mencionada Ley de Derechos Civiles no aparejaba una protección de no ser discriminado por el estatus de “no fumador”, basándose fundamentalmente en dos razones: el no ser no es una condición inmutable (a diferencia de las discapacidades o de las enfermedades congénitas), y la condición de no fumador no conlleva una connotación negativa ni es minoritaria. Antes bien –y aquí se vierte un argumento reseñable- la condición de no fumador es la mayoritaria (de lo que se podría deducir –aunque tal deducción no se consuma, ciertamente- que en todo caso, la discriminación pudiera ser alegable, llegado el caso, por el fumador)

5. Las limitaciones del trabajo en la empresa como requisito de seguridad y salud laboral.

a. Un caso pionero: las aerolíneas.

Probablemente, el sector precursor en demandar la limitación del consumo de tabaco es el de los asistentes de vuelos comerciales. Desde los años setenta realizaron una notable presión que hacia mediados de los ochenta tuvieron ya algunos efectos: por ejemplo, la creación de secciones de fumadores y no fumadores y la prohibición total de fumar puros y pipa.

Sin embargo, un hecho muy relevante en este ámbito fue la publicación en 1986 de un informe de la Academia Nacional de Ciencias que recomendaba la prohibición del tabaco en todos los vuelos comerciales. Poco más tarde, en noviembre de 1987, National Cancer Institute (NCI) trabajó, conjuntamente con el Ministerio Canadiense de Salud y Bienestar y “Air Canada” para estudiar las consecuencias del contacto con el humo del tabaco en los vuelos comerciales. Este estudio fue publicado en 1989 y llevó a la conclusión de que los pasajeros de la sección de no fumadores están expuestos al humo del tabaco a veces en proporciones similares a aquellos situados en las secciones de fumadores.

A ello se le unió la presión de diversos grupos de presión formados por los asistentes de vuelo y, a partir de ahí, el Congreso aprobó en 1988 una normativa prohibiendo el tabaco en los vuelos domésticos de menos de dos horas. Esta nor-

⁹ 49 Cal.Rptr.2d 719, 42 Cal.App.4th 678 (Cal.App.1 Dist.1996)

ma fue ampliada en 1990 a los vuelos de menos de 6 horas. Esta legislación llevó a adoptar otras reglas a nivel internacional,

Sin duda, durante el debate de estas normas, los miembros de los sindicatos de los asistentes de vuelo tuvieron un papel esencial, y trajeron a colación los riesgos sobre su salud y los riesgos que producía fumar durante los vuelos.

Mientras tanto, el estado de California se anticipó a la situación prohibiendo en enero de 1988 fumar en todos los vuelos comerciales que partieran o aterrizaran en ese estado, medida que fue aceptada sin mucha controversia y que sirvió, de ese modo, de experimento de lo que pudiera ser una prohibición a gran escala, como la que sería aprobada poco después por el Congreso de los EE.UU.

Todo este proceso fue acompañado de una gran cantidad de procedimientos judiciales y sanciones. Pero, sin duda, esta “batalla aérea” fue tremendamente decisiva en la diatriba referente a las prohibiciones de fumar.

A reseñar, entre estos litigios, el caso *Aviation West Corporation v Washington State Dep't of Labor and Industries*¹⁰, que llevó al estado a adoptar una regla sobre el tabaco, por entender que la prohibición de su consumo era razonable en una actividad de extremo peligro como la navegación aérea.

b. El humo en el lugar de trabajo como un riesgo laboral evitable: *Donna Shimp vs. Bell Telecom* de New Jersey.

Un caso muy relevante, y que se considera prácticamente pionero al respecto lo llevó a cabo la empleada Donna Shimp de Salem, N.J., que solicitó a su empresario, la compañía telefónica Bell de Nueva Jersey, que le proporcionara un *lugar de trabajo sano y seguro*, a lo que se negó el empresario. Por ello le demandó y obtuvo una orden judicial que le vino a dar la razón¹¹.

En esta orden se razonaba entre otras cosas que los cigarrillos emitían químicos tóxicos que tienen un impacto y naturaleza intrínsecamente “ultrapeligroso”. Estaba además acreditado que contenían un aditivo venenoso peligroso, la comarina, usado como raticida.

Por ello, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (*Occupational Safety and Health Act de 1970 – “OSHA”*) prohíbe los riesgos en el trabajo. Entiende que, de una manera previsible, la exposición ordinaria al humo del tabaco lleva a un previsible “daño de la salud del trabajador”.

¹⁰ 138 Wash 2d 413; 980 P2d 701 (8 July 1999),

¹¹ Donna Shimp v N J Bell Tele Co, 145 N J Super 516; 368 A2d 408 (1976)

A su vez, el empresario tiene el deber de impedir y suprimir las conductas peligrosas de los empleados¹².

Este deber es obligatorio, no opcional, y particularmente claro en relación al tabaco, puesto que “los efectos negativos del tabaco sobre la salud están fuera de toda duda” (*Larus and Brother Co v Federal Communications Commission*, 447 F2d 876, 880 (CA 4, 1971)).

Incluso se puede considerar –se afirma en esta orden– una negligencia por parte del empresario contratar fumadores. El tabaco conlleva un riesgo de muerte y además viola el antiguo derecho a respirar aire puro y fresco”. Existe además una regla de common law que impone el deber de no molestar a nadie, y cuando se hace, de ayudar a la víctima.

Determinadas sentencias (*Todd v Brown & Williamson Tobacco Corp*, 924 F Supp 59 (WD La, 9 May 1996), admiten expresamente que la peligrosidad del tabaco es obvia. En el caso *Perez v Brown & Williamson Tobacco Corp*¹³, se afirmaba que el tabaco es intrínsecamente peligroso.

En el caso *Banzhaf v Federal Communications Commission*¹⁴ se razonó en este mismo sentido argumentando lo siguiente:

“El daño que los cigarrillos representan para la salud es, entre otros, un peligro para la vida misma, un peligro inherente al normal uso del proyecto, no meramente asociado con su abuso o dependiente de casos fortuitos. Supone una amenaza para una parte sustancial de la población, y no a determinados grupos con una particular sensibilidad (...). Una importante mayoría de los adultos consideran que es molesto estar cerca de un fumador, y una gran mayoría de personas –incluyendo la mayoría de los fumadores– apoyan restricciones adicionales a fumar en lugares públicos. Sin duda, la novicidad del humo de segunda mano nocivo proveniente del tabaco es algo tan fuera de duda que ya en 1880 Nueva Orleans lo prohibió directamente. Esta prohibición fue objeto de litigios¹⁵, pero la misma se confirmó al considerarse los humos tóxicos provenientes del tabaco una violación de los derechos humanos. El humo tóxico del tabaco es un “riesgo extraordinario”, entendiéndose por tal aquél “No ordinariamente asociado a un trabajo o empresa. Si los riesgos aumentan por lo que realizan otros emplea-

¹² *National Realty and Construction Co, Inc v Occupational Safety and Health Review Commission*, 160 US App DC 133, 489 F2d 1257, 1266, n 36 (CA DC, 1973).

¹³ 967 F Supp 920 (SD Texas, 4 June 1997).

¹⁴ 132 US App DC 14, 29; 405 F2d 1082, 1097 (1968) cert den 396 US 842 (1969)

¹⁵ *State v Heidenhain*, 42 La Ann 483; 7 So 621; 21 Am St Rep 388 (21 April 1890).

dos y el empleado afectado no tiene parte en su incremento, entonces, son 'extraordinarios' ”¹⁶

Es asimismo llamativo el caso de *Victoria Gallegos v Elite Model Management*¹⁷ donde el jurado dictó un veredicto de indemnización de 5.27 millones de USD por despido discriminatorio, siendo la causa de la discriminación el haberse quejado la demandante en relación a su derecho a respirar un aire puro. Siendo éste un derecho legítimo y que ya estaba reconocido desde muy antiguo, la postura del empresario no era justificable.

Por último, citemos el caso *Ubhi v.State Compensation Insurance Fund, Cat'n'-Fiddle Restaurant*¹⁸. En el mismo, un camarero no fumador y vegetariano sufrió un ataque al corazón después de haber trabajado cinco años en un bar lleno de humo. Llegó a un acuerdo consistente en una indemnización de 10.000 USD más la cobertura de los servicios médicos, que fueron aproximadamente 85.000 USD.

IUSLabor 2/2006

© Este artículo ha sido publicado recientemente en la Monografía sobre El tabaco en los centros de trabajo, dirigida por el Dr. Del Rey Guanter y coordinada por el Dr. Luque Parra, editorial La Ley/Expansión, ISBN 84-9725-674-3.

¹⁶ Stone v Howe, 92 N.H. 425, 32 A.2d 484, 487.

¹⁷ (NY Jury, 14 May 2003), and 1 Misc 3d 200; 768 NYS 2d 134; 2003 NY LEXIS 1009 (13 Aug 2003) and 2004 NY Misc LEXIS 1009 (6 Jan 2004)

¹⁸ 872 F.Supp.1092,8.2 TPLR 3.129,No.3:93 CV 665,U.S.District Court (D. Conn.1993)